

Approfondimento a cura di Antonio De Mauro [*].



La Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza resa dalle Sezioni Unite Civili il 4 novembre 2019 n. 28314, ha affrontato il noto problema relativo all'istituto della nullità di protezione con riferimento a plurime operazioni di investimento operate dal medesimo investitore sulla base di un unico contratto quadro **[[2]]**.

La questione esaminata ha riguardato, com'è noto, la possibilità di limitare la domanda giudiziale alla declaratoria di nullità solo di alcune delle operazioni effettuate in dipendenza del ridotto contratto quadro e non la integralità delle operazioni economiche scaturenti da quel negozio.

La peculiarità dell'istituto della nullità scrutinata nella decisione (nel caso in esame regolata, *ratione temporis*, dall'art. 23 del D. lgs. 58 del 1998) consiste nella possibilità che la declaratoria di invalidità possa essere richiesta solo dal cliente o rilevata di ufficio dal giudice equiparando, quanto a effetti e regime processuale, l'istituto in esame alla più generale categoria delle nullità di protezione consumeristiche.

Appare quindi chiaro come la gestione processuale dell'istituto richiamato possa comportare dei dubbi in ordine alle conseguenze di natura sostanziale che l'eventuale accertamento della invalidità domandata produrrà in relazione ai rapporti economici intercorrenti tra le parti.

La soluzione individuata dalla Suprema Corte è stata quella di utilizzare la clausola generale di buona fede per analizzare il risultato economico della intera operazione posta in essere dal cliente e verificare in concreto se, dall'analisi complessiva degli investimenti compiuti, il cliente abbia tratto o meno nocumento.

La Corte esprime questo principio di diritto: "la nullità per difetto di forma scritta, contenuta nel D. lgs. n. 58 del 1998, art. 23, comma 3, può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro."

Sulla base di queste premesse può essere opportuno esaminare la dinamica del rapporto invalidità/buona fede, prescindendo sostanzialmente dalla natura della nullità riscontrata dalla Corte e dal dibattito in ordine al verificarsi di tale nullità per il mancato rispetto di profili formali **[[3]]**.

Ridotta la questione all'essenziale può certamente affermarsi che alla declaratoria di invalidità di un contratto, e, pertanto, al venir meno della giusta causa dell'attribuzione economica, consegua la ripetizione delle originarie prestazioni: l'operatore economico dovrà restituire l'intero importo percepito, mentre l'investitore sarà tenuto alla restituzione dei titoli maggiorati di eventuali frutti *medio tempore* percepiti.

Il problema, quindi, si pone in termini inversi rispetto alla *ratio* della nullità in esame, posto che l'istituto nasce a tutela dell'investitore/consumatore consentendo di ottenere la restituzione dell'originario importo versato, mentre in casi come quello in esame la necessità sorge nell'evitare che l'utilizzo del rimedio ponga l'investitore in una condizione di vantaggio rispetto alla sua controparte contrattuale, tradizionalmente destinata a vestire i panni del contraente forte. Peraltro, e proprio in ragione della peculiarità della invalidità in questione, è precluso all'intermediario proporre una domanda di accertamento della dedotta nullità che potrà, quindi, essere azionata unicamente dall'investitore o, nel rispetto del principio dispositivo che regge il processo civile, rilevata di ufficio dal giudice che, però, non potrà operare se non con riferimento a contratti oggetto della domanda di parte.

Il richiamo del precetto di buona fede è evidentemente finalizzato a indicare una soluzione di giustizia sostanziale che tenga conto degli utili maturati dal cliente e delle perdite subite, tutte in dipendenze del medesimo contratto quadro di investimento **[[4]]**.

Ma si può parlare di buona fede nella ipotesi di invalidità del contratto?

Più in generale, è possibile individuare all'interno della disciplina dei rapporti a contenuto economico un generale obbligo di comportamento secondo buona fede?

È noto che la clausola di buona fede attraversa l'intera disciplina del contratto, dalla fase delle trattative a quella della interpretazione, fino a quella dell'esecuzione, spiegando efficacia anche con riguardo al comportamento da tenere in pendenza della condizione e alla valutazione della opponibilità della eccezione di inadempimento.

E ciò sulla regola generale, espressa dall'art. 1175 c.c., secondo la quale creditore e debitore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.

Tutto ciò, però, presuppone all'evidenza l'esistenza di un rapporto contrattuale in fieri, e quindi caratterizzato da specifici obblighi di comportamento o di informazione.

Nel caso esaminato dalla Suprema Corte, la declaratoria di invalidità del contratto impedisce che al precetto di buona fede possa essere assegnata la valenza endocontrattuale pure sottolineata nella pronuncia.

Com'è stato affermato "la sensazione è che la buona fede sia una narrazione, buona a condurre alla creazione giurisprudenziale di qualsiasi regola operativa, più o meno prevedibile" **[[5]]**.

In altri termini la regola della buona fede non può operare con riferimento alle dinamiche contrattuali, posto che il vizio evidenziato impedisce l'analisi, in termini di conformità o meno al canone di buona fede, delle conseguenze che scaturiscono da un contratto improduttivo di qualsivoglia effetto **[[6]]**.

È la disciplina delle azioni restitutorie che deve formare oggetto di analisi, in una con le facoltà riconosciute alle parti dalle norme dettate dal codice di rito.

Il primo problema da porsi riguarda la possibilità che le azioni restitutorie, una volta acclarata la nullità contrattuale, possano essere azionate da entrambe le parti del rapporto.

Vi è chi ha sostenuto (Monticelli, Scognamiglio) che, ferma restando la disciplina delle nullità di protezione, nulla vieti che le propaggini restitutorie possano essere azionate anche dall'intermediario, al quale resta comunque preclusa l'azione per l'accertamento dell'invalidità.

In realtà, tale assunto contrasta con la ricostruzione operata dalla Sezione Unite che, nell'analizzare le finalità della tutela di protezione apprestata in modo singolare rispetto all'azione generale di nullità codicistica, valorizza il quadro normativo consumeristico complessivo pervenendo alla conclusione in forza della quale non solo la legittimazione all'azione spetta all'investitore (come lascerebbe intendere la lettura testuale dell'art. 23 D. lgs. 58 del 1998), ma anche l'azionabilità delle conseguenti tutele restitutorie (argomenti questi tratti dall'analisi dell'art. 127 TUB, ove si afferma che le nullità di protezione "operano soltanto a vantaggio del cliente") **[[7]]**.

Quindi, come è stato autorevolmente affermato la soluzione delle sezioni unite "si iscrive in una linea di tendenza normativa volta ad adoperare in chiave protettiva per la parte più debole i rimedi offerti dall'ordinamento a fronte di patologie contrattuali che l'altra parte dovrebbe essere più agevolmente in grado di evitare, non senza quindi una qualche valenza sanzionatoria" **[[8]]**.

Secondo, e non trascurabile, aspetto, involge il profilo processuale della vicenda contrattuale.

L'azione è esperibile solo dall'investitore il quale, conseguentemente, sulla base del principio dispositivo, individua le operazioni economiche sulle quali concentrare la domanda di restituzione.

Come detto analoga possibilità non è consentita all'intermediario il quale non ha a disposizione né la domanda di nullità né la possibilità di avvalersi delle azioni restitutorie conseguenti alla declaratoria di invalidità.

La nullità di protezione può essere anche rilevata *ex officio* e tale potere è stato, com'è noto, ulteriormente ribadito dalla giurisprudenza proprio delle Sezioni Unite **[9]**. Il limite, però, che incontra il potere officioso è quello della domanda, nel senso che il rilievo della invalidità non potrà che riguardare il o i rapporti contrattuali che le parti del processo hanno sottoposto alla cognizione del giudice. Diversamente operando, si estenderebbe il potere del giudice a patti e rapporti non dedotti dalle parti.

Il quadro di riferimento è quindi chiaro e ben delineato: 1) la nullità *ex art.* 23 D. lgs. n. 58 del 1998 è una nullità di protezione; 2) legittimato all'azione è solo l'investitore; 3) le azioni restitutorie possono essere azionate solo da questi; 4) il giudice può rilevare la nullità solo muovendosi nell'ambito dei rapporti contrattuali dedotti dall'investitore stesso che è l'unica parte legittimata a formulare la domanda.

A questo punto, secondo la Suprema Corte, dovrebbe entrare in scena la buona fede, **[10]** ma nelle forme di un precetto esococontrattuale perché destinato a incidere sulla misura delle azioni restitutorie. **[11]**

Ammettere, come le Sezioni Unite, che l'eccezione di buona fede, formulata dall'intermediario, possa paralizzare o limitare gli effetti delle azioni restitutorie, coinvolgendo anche i rapporti che hanno giovato all'investitore, crea un sostanziale corto circuito.

Se si ritiene che la nullità possa operare a vantaggio dell'investitore e che l'altra parte del contratto sia un soggetto il quale avrebbe certamente potuto evitare il verificarsi della dedotta nullità (soprattutto quanto la dedotta invalidità attiene a profili meramente formali come quelli del caso in esame), non pare essere giustificato il risultato pratico cui si perviene in applicazione del principio di diritto in premessa ricordato: il risultato economico finale sarà rappresentato dal netto ricavo tra i saldi positivi e negativi dell'intero complesso di investimenti eseguiti, in dipendenza del contratto quadro.

Se la nullità è posta solo a tutela del consumatore, non si comprende come questi possa violare il precetto di buona fede posto a base della decisione impugnando solo i contratti di investimento a sé sfavorevoli.

Si frustra la *ratio* posta a fondamento dell'identificazione della natura delle nullità di protezione e si finisce per dare cittadinanza a una domanda/eccezione (quella di accertamento della nullità o, al più, quella relativa alle conseguenti azioni restitutorie) che la parte (l'intermediario) non è legittimato a porre per un espresso divieto normativo.

In effetti, la strada seguita dalla sentenza in esame non può essere condivisibile posto che nella disciplina della ripetizione di indebito non vi è alcuna norma che consenta di operare una compensazione tra le restituzioni dovute in virtù di contratti dichiarati nulli e altre operazioni economiche poste in essere tra le stesse parti che non hanno comunque costituito oggetto della domanda giudiziale.

A ben guardare non è altrimenti utilizzabile la normativa in tema di risarcimento del danno da inadempimento (art. 1227 c.c.) non trattandosi della fattispecie regolata dalla norma, né pare utilizzabile la disciplina dettata in materia di compensazione, posto che le obbligazioni non rivestono le qualità richieste dalla normativa inerente alla compensazione legale, né, tantomeno, paiono sussistere i presupposti per addivenire alla compensazione giudiziale, mancando il requisito della esigibilità della azione di ripetizione che l'intermediario non può porre in essere.

Non può soccorrere la disciplina dell'illecito aquiliano, perché sembra piuttosto arduo qualificare come illecito il comportamento dell'investitore per non aver promosso una domanda a suo danno.

In via di ultima analisi, non appare altresì utilizzabile la disciplina dell'ingiustificato arricchimento, non tanto per la carenza di residualità *ex art.* 2042 c.c. (in realtà, l'intermediario non avrebbe altra azione a disposizione, essendo precluso l'utilizzo delle azioni di ripetizione), quanto perché risulta difficilmente sostenibile l'assenza di giusta causa, in quanto le attribuzioni economiche favorevoli all'investitore sono ampiamente giustificate da contratti non oggetto di impugnativa.

Se questo è il quadro, appare quindi evidente come la buona fede non possa essere utilizzata per giustificare una pronuncia, che pur se sorretta da una evidente funzione sostanzialista, perviene a un risultato che pare essere in contrasto con la normativa vigente.

Parrebbe più coerente con il sistema, quindi, negare che l'intermediario possa avvalersi di qualunque rimedio (azione o eccezione) teso a paralizzare o quantomeno a ridurre la pretesa azionata dall'investitore, assegnando a tale soluzione una evidente funzione sanzionatoria nei confronti dell'intermediario, che ben può evitare le ipotesi di nullità previste dalla normativa vigente **[[12]]**.

È necessario, quindi, operare una riflessione profonda sull'utilizzo delle clausole generali e dei principi, soprattutto quando vengano utilizzati, magari anche per fini encomiabili di giustizia sostanziale, ma in maniera tale da risultare del tutto disallineati rispetto al dato normativo. "Le clausole generali, i principi, il dovere di comportarsi secondo buona fede e il dovere di solidarietà, in particolare, costituiscono strumenti potentissimi, il cui uso dovrebbe essere improntato a costante prudenza e contenuto nell'ambito di una mappa recante coordinate normative ben definite: perché è fin troppo facile passare da un utilizzo della buona fede quale strumento utile per circoscrivere l'abuso di un diritto a quell'abuso della regola che impone di comportarsi secondo buona fede che, in un'ottica ordinamentale, può ravvisarsi qualora la regola medesima venga utilizzata, così come sempre più di frequente la giurisprudenza fa, nella veste di strumento di rottura 'eversiva' di un sistema – spesso per ragioni ideologiche – non condiviso. Con possibili, evidenti, preoccupanti ricadute negative anche in termini, oltre tutto, di rispetto del principio di separazione dei poteri" **[[13]]**.

[*] Professore associato di Istituzioni di Diritto Privato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento.

[[2]] La sentenza è stata già commentata su questa *Rivista* da F. Greco, *Prime considerazioni a margine della pronuncia a sezioni unite* e da A. Zurlo, *Note a margine della pronuncia delle Sezioni Unite: un breve quadro riassuntivo*.

[[3]] M. Girolami, in *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, afferma che la soluzione, in presenza di vizi formali non dovrebbe essere quella della invalidità la sanzione nei confronti dell'intermediario, ma quella della risoluzione e del risarcimento del danno.

[[4]] Afferma acutamente G. Guizzi, *Le Sezioni Unite e le "nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in *www.dirittobancario.it*, 2019, "La soluzione accolta dalla Corte costituisce espressione di quella sempre più diffusa tendenza – per usare le parole di Natalino Irti – a «spostare i criteri della decisione giudiziaria al di sopra della legge»".

[[5]] D. Maffei, *Nullità selettiva? Le Sezioni unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in *www.dirittobancario.it*, 2019.

[[6]] A proposito dell'applicazione del principio di buona fede G. Guizzi, *op. cit.*, si chiede "se abbia senso evocarne l'applicazione in una vicenda che in realtà non ha a che far, dal momento che la premessa di tutto il discorso è che un rapporto contrattuale non vi è più – ed anzi non vi è mai stato, appunto perché esso non è stato validamente concluso – e dove semmai si tratta di disciplinare l'esercizio di pretese di natura restitutoria del capitale impegnato *sine titulo* dall'intermediario nelle singole operazioni di investimento".

[[7]] Nel senso di consentire all'intermediario di avvalersi delle tutele restitutorie conseguenti alla declaratoria di nullità del contratto quadro S. Monticelli, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I; C. Scognamiglio, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corriere giuridico*, 2020.

[[8]] R. Rordorf, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *www.questionegiustizia.it*, 2020.

[[9]] Cass. 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 299.

[[10]] Non residua spazio alcuno per l'*exceptio doli generalis*. È stato osservato A. Dalmartello, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, che "la S.C. rifiuta in radice l'operatività dell'*exceptio*, esaminando i due piani di

possibile rilevanza, già al centro del dibattito scientifico. Anzitutto, viene escluso che l'impugnazione selettiva possa giustificare di per sé, quale esito di un agire contraddittorio della parte protetta, l'opponibilità dell'*exceptio doli*. ... Non pare, in altre parole, logico che gli effetti dell'invalidità dipendano dalle sorti degli investimenti effettuati, circostanza del tutto estranea alla fattispecie di nullità. ... All'opposto, è considerata troppo restrittiva, in quanto centrata su caratteristiche soggettive dell'agire scorretto rilevante, la tesi che ammette l'eccezione di dolo soltanto nei casi in cui siano riscontrate forme di malizia dell'investitore.". Anche la giurisprudenza ha ritenuto non fondata l'eccezione: "in materia di intermediazione finanziaria, allorchè le singole operazioni di investimento abbiano avuto esecuzione in mancanza della stipulazione del contratto quadro previsto dall'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, all'investitore, che chiede sia dichiarata la nullità solo di alcune di esse, non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità e, in ragione della protrazione del tempo del rapporto, l'intervenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente" App. Firenze, 18 ottobre 2018, n. 2402.

[[11]] Afferma S. Pagliantini, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di una eccezione ex fide bona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II: "è il post – nullità, nel suo combinato disposto degli artt. 1422 e 2033 cod. civ, che entra nel mirino dell'interpretazione correttiva praticata dalla Corte. Trionfa l'eccezione di buona fede, è incontrovertibile: ma. Lo ripetiamo, è una disapplicazione normativa, onde evitare l'effetto distorsivo di un risultato ingiusto, che le sez. un, operano a valle non a monte."

[[12]] Afferma in maniera condivisibile F. Greco, *op. cit.*, "La mancanza di forma scritta, normativamente imposta, è una violazione che può porre in essere esclusivamente l'intermediario: è evidente che consentirgli di avvalersi di una condotta come minimo negligente, traendo il beneficio di una nullità generalizzata di tutti gli ordini di investimento, rappresenti una palese violazione del *venire contra factum proprium*". Anche D. Maffei, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II osserva che "Il paradosso, così, è di aver elaborato una regola aritmetica basata, non è chiaro come, sulla buona fede, per premiare, questo è certo, l'intermediario che, davanti al giudice, formula un'eccezione basata su un suo grave inadempimento, il che, dal diritto romano, condurrebbe al rigetto dell'eccezione dell'intermediario.

[[13]] A. Zaccaria, *LA buona fede: da argine dell'abuso del diritto a oggetto di un principio abusato*, in *Studium iuris*, 2019.